

PROF. AVV. MARCO MACCHIA

PROFESSORE ASSOCIATO IN DIRITTO AMMINISTRATIVO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"

DOCENTE DI DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI PRESSO LA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI-
SCUOLA NAZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE (SNA) E PRESSO LA LUISS GUIDO CARLI

VIA SIRACUSA, 12

00161 ROMA

EMAIL: marco.macchia@uniroma2.it

Spett.le

Consorzio "Le Valli"

Località Crosaron di Villabella, 18
c/o Soave Center, scala A, piano 2°
37047 San Bonifacio VR
c.f. 92003000236 p.iva 02826280238
tel. +39.045.6102928
mail: ragioneria@levalli.vr.it;
ragioneria.levalli@pcert.postecert.it
PEC: levalli@postecert.it

via pec

E
CONSORZIO LE VALLI
Protocollo Consorzio Le Valli
Protocollo N.00001297/2023 del 29/06/2023

P A R E R E

Viene chiesto di rendere parere sulla partecipazione del Consorzio "Le Valli" alla costituenda società *in house* deputata a svolgere il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani all'interno dell'A.T.O. Verona Nord (VR2 Quadrilatero S.p.A.). Seguendo questo percorso, i Comuni costituenti il Consorzio intendono partecipare "indirettamente" alla costituenda *in house* per il tramite della struttura consortile.

* * * * *

In base allo statuto il Consorzio "Le Valli" ha «personalità giuridica pubblica, ai sensi dell'art. 31 del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267; esso è lo strumento organizzatorio dei soggetti costituenti, dotato di piena autonomia imprenditoriale, funzionale e organizzativa».

Secondo l'art. 2, «Il Consorzio ha per oggetto la gestione associata dei servizi e l'esercizio associato delle funzioni», «a) l'organizzazione, la gestione e l'esecuzione, in proprio e/o per mezzo di terzi e/o per conto di terzi, dei servizi pubblici locali e sovracomunali degli Enti consorziati, ed attività ad essi annesse e connesse, sia di rilevanza industriale sia privi di rilevanza industriale anche fuori dall'ambito territoriale dei Comuni consorziati», tra cui merita segnalare: «f) l'organizzazione, la gestione e l'esecuzione del servizio di raccolta, recupero, trasporto, smaltimento e di trattamento di tutti i generi di rifiuti tramite la progettazione, realizzazione e gestione di discariche controllate e di impianti a tecnologia complessa ivi compresi sistemi di termovalorizzazione, nonché tutte le attività inerenti l'igiene urbana e la salvaguardia ecologica dell'ambiente compreso il trattamento e la commercializzazione dei prodotti da essi derivati».

Sempre stando all'art. 2, lett. i), «al fine dell'esercizio dei servizi e delle funzioni di cui sopra, il Consorzio potrà procedere a: *i.1)* l'acquisto, la vendita, la permuta, la lottizzazione, la costruzione, la locazione, l'affitto, l'amministrazione la conduzione e l'utilizzazione in genere di immobili; *i.2)* l'assunzione e la cessione, nonché l'amministrazione e la gestione, di partecipazioni in società od enti che operano in vari settori, quali, a titolo esemplificativo, il settore del Servizio Idrico Integrato e attività connesse, il settore della lavorazione dei rifiuti e il settore della realizzazione e della gestione delle reti e degli impianti che supportano la funzione amministrativa pubblicistica nel campo dell'Information Communication Technology; *i.3)* compiere ogni altra attività e compiere qualsiasi operazione necessaria, opportuna od utile per l'esercizio dei servizi e delle funzioni consortili, comprese le operazioni finanziarie come il rilascio di avalli e fidejussioni a garanzia di operazioni di obbligazioni di terzi e l'assunzione di mutui passivi con garanzia ipotecaria».

Non solo. «Il Consorzio, per il perseguimento delle suddette finalità, potrà avvalersi del sistema della concessione a terzi, potrà stipulare apposite convenzioni, costituire o partecipare a società pubbliche, private o con capitale misto pubblico-privato o assumere partecipazioni in enti, associazioni, consorzi» (art. 2, comma 2).

Chiarisce, inoltre, l'art. 5 (dedicato ai *Rapporti con gli Enti consorziati*) che «Il Consorzio opera allo scopo di perseguire i fini stabiliti nella Convenzione e nel presente Statuto ed impronta l'azione agli indirizzi ed ai programmi degli Enti consorziati. A tal fine uniforma la sua programmazione e la conseguente attività a quella degli Enti consorziati, mantenendo con essi stretti rapporti di servizio».

* * * * *

Se ne deduce che scopo del Consorzio – ai limitati fini che interessano in questa sede – è la gestione associata dei servizi ambientali, finalizzata al contenimento dei costi e al raggiungimento di buoni livelli di qualità del servizio. Perciò il Consorzio “Le Valli”, in ragione della natura non commerciale e del fine non lucrativo dello stesso, avendo quale scopo consortile la gestione associata dei servizi ambientali degli enti aderenti, può avviare la gestione di tale servizio sia direttamente (da parte del Consorzio) sia mediante società partecipate.

* * * * *

Preso atto di ciò, ad un primo sommario esame potrebbe sembrare che nel caso in esame un gruppo di Comuni, riunito nel Consorzio, intenda partecipare alla costituenda società *in house*, deputata alla gestione integrata dei rifiuti urbani, indirettamente, ossia per il tramite della società consortile.

Non si dubita della legittimità del meccanismo del controllo “a cascata”, che è un tipo di controllo indiretto, cioè di secondo grado, previsto dall'art. 2, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 175/2016 e dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 (in vigore fino al 1° luglio 2023). Ai sensi di tali disposizioni normative, il controllo analogo – ossia, un controllo sufficientemente penetrante sugli

obiettivi strategici e sulle decisioni più significative della società *in house* – «può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante».

Detto controllo è caratterizzato dal fatto che la società *in house* non è controllata direttamente dal soggetto che le affida il servizio, ma da un altro, a sua volta controllato “allo stesso modo” – ossia secondo il modello *in house* – dal soggetto affidatario.

L'inciso “allo stesso modo” deve essere riferito al controllo proprio della gestione *in house*. Invero, il modulo “a cascata” postula che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo su un ente che, a propria volta, esercita un controllo analogo sull'organismo *in house*, sicché, seppure tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'organismo *in house* non sussiste una relazione diretta, è comunque ammesso l'affidamento diretto (Cons. Stato, sez. I, parere n. 1374/2021).

Le Linee Guida ANAC n. 7 – adottate in attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016 – precisano, al paragrafo 6.3.5, che in caso di *in house* a cascata, l'ANAC verifica la sussistenza del controllo analogo dell'Amministrazione A sulla società B e della società B sulla società C al fine di consentire l'iscrizione nell'Elenco di A come amministrazione che concede affidamenti diretti alla società C. Il dato in esame evidenzia che, nell'ipotesi del controllo analogo indiretto “a cascata”, il quadro normativo prevede che l'affidamento del servizio venga effettuato senza gara da parte di un ente che non è socio della società *in house*.

Proseguendo in questa linea di ragionamento, è comunque chiaro che il Consorzio “Le Valli” è formato solo da enti locali, i quali hanno un proprio rappresentante nell'Assemblea consortile – che «determina gli indirizzi generali del Consorzio, ispirandosi alle necessità ed agli interessi comuni degli Enti consorziati e ai fini statutari» (art. 10) –, e che il compito del Consiglio di Amministrazione è «adottare gli atti fondamentali di competenza dell'Assemblea Consortile di cui all'articolo 10, comma 2, lettera a) del presente Statuto, per sottoporli all'approvazione dell'Assemblea Consortile» (art. 14), atteso che i compiti statutari del C.d.A. concernono l'attuazione degli indirizzi espressi dall'Assemblea. Appare chiaro, pertanto, che gli enti consorziati siano in grado di esercitare sul Consorzio un controllo analogo (un orientamento di identico tenore è contenuto in Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599).

* * * * *

Ad un attento esame, tuttavia, nel caso di specie non sembra nemmeno venire in essere un'ipotesi di *in house* a cascata o indiretto come potrebbe di primo impatto apparire, perché lo scopo del Consorzio “Le Valli” – come si è potuto appurare dalla lettura dello Statuto – è, tra le altre cose, la gestione associata diretta di alcuni servizi, tra cui quello integrato di raccolta dei rifiuti urbani. Pertanto, al fine di adempiere allo scopo consortile, il Consorzio potrebbe decidere di partecipare ad una *in house* costituenda all'interno

dell'A.T.O. Verona Nord, a cui affidare la gestione in forma associata dei servizi di igiene urbana e la raccolta differenziata nei territori dei Comuni aderenti al Consorzio, anziché costituire *ex novo* una sua società *in house*.

Si tratta di un'opzione avente tenore organizzativo che non pare destare particolari difficoltà, giacché è funzionale a raggiungere proprio lo scopo consortile stesso. A tal proposito, si segnala una pronuncia del T.A.R. Puglia, sez. I, 13 luglio 2017, n. 795 e Id., sez. I, 13 luglio 2017, n. 796, in cui il giudice amministrativo riconosce come legittima la scelta di un consorzio di costituire una società *in house* per lo svolgimento del servizio.

L'esistenza del Consorzio può implicare, in altre parole, il possibile trasferimento dell'esercizio del servizio pubblico allo strumento consortile, con conseguente sottrazione ai singoli enti locali territoriali comunali del potere sul governo e l'esercizio del servizio di igiene urbana (sebbene comunque «la partecipazione del Comune al consorzio ed il passaggio al secondo delle competenze in ordine alla gestione del servizio pubblico non spoglia certo il Comune della titolarità e della difesa dell'interesse della collettività comunale alla corretta gestione del servizio pubblico dei rifiuti». «Non può quindi revocarsi in dubbio la legittimazione del Comune, quale titolare di competenze sostanziali proprie ed autonome non incise dal modello consortile, ad impugnare gli atti promananti dal consorzio che siano suscettibili di ledere la sfera giuridica dei suoi interessi di riferimento, in relazione alle sue funzioni istituzionalmente individuate dalla legge con riguardo alla titolarità del servizio pubblico di gestione dei rifiuti che riguarda la collettività comunale di cui il Comune è ente esponenziale», come affermato in Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082).

* * * * *

Stante ciò, nella partecipazione alla costituenda *in house* il Consorzio potrà partecipare unitamente ad altri enti territoriali. È noto, difatti, che il requisito del controllo analogo deve intendersi sussistente anche se svolto non individualmente, ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia *effettivo*, dovendo tale requisito essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente; occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione del soggetto affidatario *in house* non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) esercitino, pur se con moduli su base statutaria, concreti ed effettivi poteri di ingerenza e di condizionamento, sicché risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo della totalità degli enti pubblici soci in caso di *in house* frazionato (Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Id., 24 settembre 2010, n. 7092; Id., 29 dicembre 2009, n. 8970).

Il Consorzio dovrà poter esercitare – insieme agli altri soci dell'*in house* – un controllo analogo congiunto nei confronti della società stessa, affinché possano sussistere i presupposti per la possibile strutturazione di un modello

di gestione *in house providing* dell'intero ciclo integrato dei rifiuti. È espressamente ammesso un controllo congiunto da parte di due o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori (c.d. *in house* "frazionato" o "pluripartecipato", di cui ai commi 4 e 5 del d.lgs. n. 50 del 2016), che era già stato "sdoganato" dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sin dalla sentenza Carbotermo del 2006.

Affinché possa concretizzarsi il controllo analogo congiunto è necessaria la compresenza di tre condizioni. In primo luogo, gli organi decisionali della persona giuridica controllata devono essere composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. A tal proposito, si precisa che *i singoli "delegati" possono anche rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti*. In secondo luogo, le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori devono poter esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica. Infine, la persona giuridica controllata non può perseguire interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti. Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità detti requisiti devono sussistere tutti contemporaneamente e risultare da precise disposizioni statutarie.

Il d.lgs. n. 175 del 2016 – in coerenza con la nozione di controllo analogo sopra richiamata – ammette difatti che l'influenza determinante possa estrarresecarsi in atti di direzione gestionale e organizzativa che potrebbero definirsi come "atti di alta amministrazione" della società; senza, tuttavia, svilire completamente l'autonomia gestoria degli organi sociali dell'ente *in house*.

* * * * *

In via di estrema sintesi, ciò che rileva è l'effettivo esercizio del potere di direzione gestionale e organizzativa – che eccede il potere di direzione e coordinamento previsto dal 2497 c.c. – sulla società *in house* in virtù di un accordo parasociale o clausola statutaria ex art. 2497-septies c.c. in presenza di partecipazioni da parte di più enti. Dovranno essere previsti meccanismi parasociali o statutari idonei a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici, tra cui il Consorzio "Le Valli", l'esercizio di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Infine, si ricorda che l'operazione di affidamento *in house*, in quanto derogatoria dell'ordinaria logica concorrenziale, deve essere supportata dalla preventiva valutazione della congruità dell'offerta economica proveniente dal soggetto *in house*, con particolare riguardo all'oggetto ed al valore della prestazione, e deve fondarsi sulla sussistenza di ragioni giustificatrici del mancato ricorso al mercato e di benefici ritraibili dalla collettività dalla forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. La necessità della convenienza dell'affidamento *in house* rispetto alla scelta di ricorrere al mercato, in termini di risparmio di tempo e di costi, è stata ribadita altresì dall'articolo 10, comma

3, del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito nella legge 29 luglio 2021, n. 108, nell'ambito delle disposizioni relative alla governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e delle misure di accelerazione e snellimento delle procedure.

* * * * *

Si ringrazia per la fiducia accordata e si resta a disposizione per qualsiasi chiarimento si rendesse necessario.

Roma, 18 giugno 2023

Prof. Avv. Marco Macchia

